

徐济宽|UGC 平台版权侵权的免责逻辑及注意义务——兼谈“腾

## 讯诉抖音侵犯《云南虫谷》著作权”案

徐济宽<sup>①</sup>

( 中国石油大学 文法学院, 中国 青岛 266580 )

**摘 要:**数字经济与实体经济的深度融合已经成为了时代命题,以社交平台、短视频平台为代表的 UGC 数字平台成为了新型电商的中坚力量。二十大后的目标是打造具有国际竞争力的数字产业集群,但是,考虑到知识产权的国际化特点,目前国内的网络版权保护环境仍然亟待加强;具体表现在用户侵权行为频发、平台注意义务不明、归责原则与免责界限不清等方面。从注意义务内部的确定与外部的履行两个面向出发,可以进一步厘清注意义务证明平台责任与主动保护版权的重要性,进而从事前过滤义务的明确、事中监测义务的设计以及事后治理义务的程度三个维度明确注意义务的法定化思路与平台免责的具体逻辑。

**关键词:**数字经济; 网络平台; 著作权法; 用户侵权; 归责原则

**中图分类号:** D913 D901

**文献标志码:** A

**文章编号:**

---

The Logic of Exemption and Duty of Care from Copyright Infringement on UGC Platform --- Also on the case of "Tencent v. Douyin for infringement of the Copyright of Yunnan Worm Valley"

XU Ji-kuan

(School of law&Art, China University of Petroleum, Qingdao 266580, China)

**Abstract:** The deep integration of digital economy and real economy has become the proposition of The Times. UGC digital platform represented by social platforms and short video platforms has become the backbone of structural reform. The goal of the top 20 is to build an internationally competitive digital industrial cluster. However, considering the internationalization of intellectual property rights, the current domestic copyright protection environment is still in urgent need of strengthening. The specific performance is in the frequent infringement of users, the platform's duty of care is unclear, the principle of liability and the boundary of immunity is unclear. The importance of duty of care in proving platform responsibility and active copyright protection can be further clarified from the two aspects of internal determination and external performance of duty of care, and then the legalization of duty of care and the specific logic of platform exemption can be clarified from three dimensions: the clarification of pre-filtering obligation, the design of in-process monitoring obligation and the degree of post-governance obligation.

**Key words:** Digital Economy; Network Platform; Copyright Law; User Infringement; Principle of Imputation

---

<sup>①</sup> **基金项目:**

**作者简介:** 徐济宽 (1990-), 男, 山东莒县人, 中国石油大学(华东)文法学院讲师, 主要研究方向为知识产权法、民商法。

## 问题的提出：

UGC（User Generated Content，用户原创内容的缩写），用户原创内容分享平台成为全民数据分发的重要载体和数字经济发展的核心驱动，主要包括短视频平台、社交媒体平台、电商平台等，在特殊时期这几类平台体现出了得天独厚的优势，供养了大批线下流失的经济实体，承载着促进经济内循环的重任，对于知识产权而言，UGC 平台对于版权产业的促进作用同样功不可没。但是，因技术迭代而衍生出的新问题与既有的法律体制难免会出现不易匹配之处，<sup>①</sup>尤其当 UGC 平台用户活跃量达到数以亿计时<sup>②</sup>，版权保护也达到了空前的难度。例如，2022 年 10 月 26 日西安市中级人民法院就“腾讯诉抖音侵犯《云南虫谷》著作权案”（以下简称“云南虫谷”案）作出的一审判决，判决“抖音”一方立即采取有效措施删除、过滤、拦截相关视频，并赔偿腾讯经济损失及合理费用 3240 余万元。

根据判决书，腾讯视频拿到影视剧《云南虫谷》的独播权之后，在上映前给“抖音”发了预警函，要求其采取有效措施，避免侵权内容在平台传播。然而，《云南虫谷》播出后，腾讯发现“抖音”上仍然有大量剪辑版的相关短视频。2021 年 9 月 22 日，腾讯向西安市中级人民法院起诉“抖音”传播侵权内容，要求“抖音”立即采取有效措施删除、过滤、拦截相关视频，并赔偿经济损失及合理费用 1000 万元。到了 2022 年 4 月，“抖音”仍在传播侵权内容，腾讯因此申请变更诉讼请求，将索赔金额增加为 9000 万元。最终法院综合考虑涉案作品类型、知名度、可能承受损失、预期收益、维权行为、被告侵权行为实施规模、持续时间、主观恶意、可能获益等方面因素，法院酌情认定网络剧《云南虫谷》著作权人，因微播视界（“抖音”平台运营方）实施的侵害信息网络传播权行为，遭受经济利益损失平均每集网络剧为 200 万元，故经济损失总计 3200 万元。关于案件的争议焦点主要有三：第一，关于平台的事前与事中的注意义务我国尚没有法律法规进行直接、正向的规定，则腾讯视频向“抖音”所发送的“预警函”以及平台内“搜索联想”“热门搜索”等情况能否认定“抖音”平台的“明知”情况？

“抖音”是否应当根据这些情况适当提高注意义务履行的标准？第二，用户大面积侵权行为具有继发性和不可预测性，“抖音”平台依照“避风港”规则等现行法律法规采取相应措施后，最终因“措施不够有效”而承担了相应责任，那么必要措施“有效性”的界定标准如何？第三，考虑到 UGC 平台特性以及技术中立性，如果“抖音”履行了高于一般水平的注意义务，例如进行了事前审查和事中监管等相关措施，若此时直接侵权用户的数量仍持续飙升，“抖音”平台是否还需要

<sup>①</sup> Rule C. Online dispute resolution and the future of justice[J]. Annual Review of Law and Social Science, 2020, 16: 277-292.

<sup>②</sup> 例如，2022 年抖音短视频平台的日活量已突破 7 亿。

承担连带责任？带着这三个问题，笔者将从UGC平台注意义务的确定、平台等主体如何有效履行以及用户侵权情形下平台的免责逻辑如何“闭环”这三个层面进行具体剖析。

## 一、内部视角：UGC平台注意义务的确定问题

侵权行为视域下的注意义务是民法典中所规定的最主要的注意义务之一，中国侵权法的发展已有三十多年的历史，其中有所突破但也尚有不尽之处；<sup>①</sup>许多学者也意识到当下的中国更应该确立一般性注意义务，而非根据个案确定被告是否对原告有不造成损害的义务。<sup>②</sup>在当前发展数字经济的地位达到空前高度之时，平台注意义务的标准同样被推到了亟需明确的境地，尤其当UGC内容泛化、用户流量激增的短视频平台崛起之后，关于用户版权侵权平台注意义务的履行问题便一直没有停歇。

### （一）注意义务的“相对论”与“一般论”问题

学界一般认为，大陆法系的国家对注意义务采取的态度是一般化的，或者说这些国家对于注意义务的规定是“绝对的”，即义务主体有义务避免使自己以外的其他所有人遭受损害。而英美法系的注意义务是相对的，即行为人只对争议案件中的“特定人”负有避免造成损害的义务。但是，经过不断的司法改革与调整，以美国为代表的一些英美法系国家也逐渐在接受注意义务的“一般论”，并且倾向于认为相对性注意义务具有一定的局限性，而一般性的注意义务更能协调过失侵权中各个独立要件之间的关系。同时伴随法系融合的潮流，注意义务的相对论也逐渐的被一般论所淡化而走向统一。

反观国内，以“云南虫谷”案为例，法院在判决书中关于被告注意义务履行情况的表述为“疏于对‘抖音’平台上侵害深圳腾讯、西安腾讯涉案作品信息网络传播权视频内容进行及时有效治理”，“虽采取措施减少了侵权作品数量，但侵权行为仍未得到有效遏制”。显然这是一种“相对论”语境下的表述，仅以特定相对人的个体要求为参照，并且预设了“较高”的注意义务和完成门槛。而现实中，“有效治理”与“有效遏制”中“有效”的标准对于UGC平台而言具有一定的技术壁垒与实践难度，从客观角度来看：一方面，UGC平台的用户原创特性导致侵权视频数量的激增一般与被侵权客体的热度具有直接关联，其他影视作品如《流浪地球》相关“抢先版”及“剪辑版”的侵权视频同样会在首映后的一周内呈现出高发、频发态势，并且即便平台对相关视频进行了删除、断开链接等操

<sup>①</sup> 罗斌. 传播注意义务功能研究——从侵权责任构成要件的视角[J]. 新闻与传播研究, 2018(8):19.

<sup>②</sup> 董春华. 论侵权法中注意义务的“一般性”[J]. 中国政法大学学报, 2020(02):130-142+208.

作同样会有其他用户出现“大面积”侵权的情况，即具有“继发性”。另一方面，侵权的“场所”与平台用户保有量具有间接关联，因为侵权人的侵权动机一般是想通过此种不正当手段而吸引流量或其他不正当的利益，所以必然会选择用户活跃数较高的平台实施侵权行为以提高效率。

于是，若从法律层面对注意义务进行“一般化规定”，即根据 UGC 平台特性，明确平台需承担注意义务的最低限度和最低标准，进而才可以确定平台的具体义务履行行为是否“有效”。反观腾讯视频在事前向“抖音”发送的相关“预警函”，如果仅仅达到了一般化义务的标准则没有特别的法律效力，但是如果超出了注意义务一般化的标准则牵扯到将注意义务相对化和绝对化，此种情境下仅从私法主体的角度将注意义务的标准抬高，是否或者产生何种具体法律效力则值得进一步研究。

## （二）“事前、事中”阶段平台是否应当作为问题

除了事后注意义务履行的标准以及有效性问题，很多学者也发现，目前我国当前法律相关规定主要着重在如何认定网络平台违反注意义务的描述上，对于注意义务本身没有进行正面的、明确的规定，而是通过对网络平台构成间接侵权的情形进行规定，进而从中可笼统地倒推出平台应承担的注意义务。<sup>①</sup>上文提到的事后注意义务便是由“避风港规则”引申出来的。这种模式下，对于侵权行为发生之前，即用户上传相关作品并传播相关作品的阶段平台有无相关注意义务需要履行则没有相关的条文直接或间接规定。

实践中，国外已有此方面规定，如欧盟《数字单一市场版权指令》中第 17 条规定了“在线内容共享服务提供商对用户上传作品”的事前内容过滤义务。<sup>②</sup>而国内司法实践仍处于探索阶段，如“现代快报诉今日头条案”和“音著协诉斗鱼直播侵权案”中均对此类信息管控能力较强的平台分别提出了相应的事前过滤义务以及事中的审核与监控义务。<sup>③</sup>反观“云南虫谷”案中，法院判决中针对“抖音”提出“平台无法对海量信息进行实质审查”的抗辩理由表示“不管是立法机关，还是监管机关，都并非要求平台（事前）对内容的审查达到毫无侵权和违规内容的程度……但是，这并不代表平台不应、不需、不能对重点内容进行更多关注，并对重点内容采取区分性的审核策略和推荐算法，对于占据“热榜”前列的热播影视剧，平台方恰恰更应该有所作为。”<sup>④</sup>也就是说，法院倾向于认为，UGC 平台虽目前没有法定的事前审查义务，但是有义务针对“特殊客体”进行“特事特办”而负有更高的注意义务。那么，如果仅因类似腾讯公司发出的“预警函”

<sup>①</sup> 李博，出版者注意义务举证标准审视与完善[J]，中国出版，2020(22):4.

<sup>②</sup> Quintais J. The new copyright in the Digital Single Market Directive: a critical look[J]. European Intellectual Property Review, 2020.

<sup>③</sup> 初萌，个性化推荐服务商合理注意义务之重构[J]，科技与法律，2020(2):6.

<sup>④</sup> (2021)陕 01 知民初 3078 号判决书

就针对专门个体采取“有效”措施，或者说仅因特定客体范围持续出现在各类排行榜前列就进行“特殊保护”而针对其他一般个体继续采取最低限度的义务履行又是否违背诚信原则、是否符合利益平衡原则，是否涉嫌竞争法层面的反垄断审查和不正当竞争，同样值得进一步研究。

### （三）注意义务的“事后模式”是否应扩张问题

对于注意义务的确定的标准，除了相对与绝对之分，还有事前事后之分。例如我国民法典 1195-1196 条规定的“避风港规则”主要是根据网络平台分发特性而明确的在明知网络用户侵权情况下的必要救济措施与义务履行，即平台在得知用户侵权之后，如果尽到了通知、转通知、反通知、二次转通知这四个层面的义务之后，平台即不承担民法典第 1197 条中所规定的“连带责任”。可以清晰地看出，这一系列必要措施均发生在侵权行为已经发生之后由平台去帮助被侵权用户具体执行协调沟通以及救济止损的相关义务。那么这种仅规定侵权事后平台采取必要措施的注意义务履行模式是否能够必然的使平台免责呢？

根据注意义务本身的特性导致具体的履行程度跨度较大，也即“做与不做”的标准相对容易判断，但“做的是否有效”的标准便相对难以衡量；实践中，则主要依靠法官针对个案情况进行具体考察判断。例如“云南虫谷”案中，法院在认定侵权行为的判决部分表述“尽管在微播视界逐渐加强治理力度后，侵权作品数量减少，但仍有侵权视频继续存在，由此可以认定微播视界虽然采取措施减少了侵权作品数量，但侵权行为仍未得到有效遏制”故支持了原告腾讯方的诉讼请求。由此不难判断，仅仅履行简单的“通知—删除”义务似乎并不能免于承担侵权责任，反而应当更为积极主动的做出相应的“有效治理”措施。那么措施“有效”的具体限度如何，界定的标准如何？对此，“抖音”主张“我国现行法律规定并未给互联网服务提供者规定超越‘通知—删除’规则之外的法律义务，因此互联网服务提供者不应承担超过法律规定之外的、不合理加大的平台内容实质过滤和审查义务。”而法院则援引了“危险控制理论”和“善良管理人理论”论证“抖音”平台有义务承担对平台内发生的侵权行为进行“管控和治理”，且最终认为“民法典中‘避风港规则’的规定不意味着网络服务提供者再无其他法律义务，规则评价特定主体是否尽到注意义务应当具有具体性、个别性，侵权的构成要件事实应当具有开放性，对于“抖音”平台的管理是否尽到合理注意义务，是否在个案中应当承担高于‘通知—删除’规则的义务，司法机关有权根据个案事实、立法原意、个案价值和社会价值进行综合认定。”<sup>①</sup>

<sup>①</sup> （2021）陕 01 知民初 3078 号判决书

## 二、外部视角：UGC 平台注意义务的履行问题

以注意义务统领网络存储空间服务提供者版权责任的认定不仅是法律移植本土化的必然结果,也是应对科技发展与商业模式转型而提升网络版权保护水平的必然要求。<sup>①</sup>在司法实践中,以 UGC 平台为代表的网络服务提供者相关的版权保护责任日趋严格,司法机关在归责判定过程中已不受传统的“避风港规则”与“红旗标准”的限制,继续倾向于采信要求更高、责任更大的注意义务。“云南虫谷”案亦是如此,那么在实践中 UGC 平台在履行注意义务层面到底依据什么、内容如何、限度如何,是下文着重讨论的重点。

### （一）事前注意义务履行：内容审查的依据及限度问题

由于“避风港”条款中网络服务提供者不承担普遍版权审查义务的规定已成为国际主流立法,在法律现代化与本土化的过程中,我国在引入“避风港规则”的同时并没有同时引入事前的内容审查义务。一方面,审查义务规定的缺失使得本来具有审查能力和相应技术水平的平台消极对待,且以法律规定缺失为理由进行抗辩;另一方面,这使得本来已经在进行相应内容审查的平台因为法律没有具体规定而得不到相应的肯定与认可,进而无法架构到注意义务履行的逻辑之中。除此之外,还导致理论界与实务界对于注意义务与内容审查的关系并不清晰,甚至明确划清了界限,而忽视了事前内容审查本质上同事后的注意义务一样均属于注意义务的范畴。

随之技术的不断发展、用户处理能力的增强以及平台控制能力的提升,传统的注意义务的内核也在不断扩张,<sup>②</sup>司法机关对于网络服务提供者履行义务的期待从之前的事后的、被动的注意义务逐渐发展到了与具体平台内容管控能力相应的注意义务,<sup>③</sup>也即除了事后的被动的“通知—删除”,还需要在事前进行主动的履行内容审查等义务。但是具体的限度如何、依据如何尚没有法律法规进行明确规定。司法实践中就像“云南虫谷”案中法院所述“司法机关有权根据个案事实、立法原意、个案价值和社会价值进行综合认定”<sup>④</sup>。这样以来,因为法律规定的不明晰以及司法判决的指引性不足,导致多数平台对于事前注意义务的履行并没有概念,或者说不明确履行的边界以及审查的标准与限度如何,而导致行业做法不尽统一。因为根据“红旗”标准,网络服务提供者不需要积极主动的去发

<sup>①</sup> 王杰.网络存储空间服务提供者的注意义务新解[J].法律科学(西北政法大學學報),2020,38(03):100-113.DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2020.03.015.

<sup>②</sup> Kira B, Sinha V, Srinivasan S. Regulating digital ecosystems: bridging the gap between competition policy and data protection[J]. Industrial and Corporate Change, 2021, 30(5): 1337-1360.

<sup>③</sup> 涂龙科.网络内容管理义务与网络服务提供者的刑事责任[J].法学评论,2016,34(3):8.

<sup>④</sup> (2021)陕01知民初3078号判决书

现特定侵权事实，也没有义务全程监控平台内的网络行为，所以如果没有明确的事前审查义务规定进行指引，为UGC平台行为提供具体的依据与标准，会导致平台继续在“为与不为、到底如何为”的境地中挣扎。毕竟从企业视角出发，如果仅靠既有的判例进行提示与指导，关注度与指导性必然都相对较弱且缺乏可期待性与可操作性。

## （二）事中注意义务履行：“明知”界限与“舆情”判断问题

关于事中注意义务的来源目前国际层面规定的较为零散，方式也不尽统一，履行情况更是要结合个案情况分析。例如“云南虫谷”案一审过程中法院认为《云南虫谷》播出之后迅速成为热搜在各大排行榜均有排名具有极高的知名度，而“抖音”平台在能够知悉的热度情况下仍然将相关字样安排在搜索联想的推荐位置，并且带有相关推荐标签，在对于平台的“管理、运营、维护”过程中不可能不知；进而认定“抖音”平台在“明知”的情况下对于“热播作品”并未有所作为，而最终认定为对于侵权结果的发生起到了帮助作用。根据现行司法解释，“将热播影视作品等置于首页或者其他主要页面等能够为网络服务提供者明显感知的位置的”，应认定提供信息存储空间服务的网络服务提供者应知网络用户侵害信息网络传播权。<sup>①</sup>同时司法解释还明确规定了“将是否积极采取了预防侵权的合理措施作为判断‘应知’的考量因素。”<sup>②</sup>

那么，在“明知”或“应知”（推定明知）的情况下，平台是否应当主动的履行相应的注意义务，也即是否需要提高原有的注意义务标准而履行“与信息管理能力相对应的注意义务”，如网络服务提供者应当承担与其商业模式、具体属性相适应的注意义务。<sup>③</sup>但现行法律体系并没有明确的指引，司法解释也仅仅明确了“人民法院在认定网络服务提供者是否应知侵权时，应当考虑其‘提供服务的性质、方式以及引发侵权可能性的大小、应当具备的信息管理能力’”<sup>④</sup>。但

<sup>①</sup> 《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第十二条规定：“有下列情形之一的，人民法院可以根据案件具体情况，认定提供信息存储空间服务的网络服务提供者应知网络用户侵害信息网络传播权：（一）**将热播影视作品等置于首页或者其他主要页面等能够为网络服务提供者明显感知的位置的**；（二）对热播影视作品等的主题、内容主动进行选择、编辑、整理、推荐，或者为其设立专门的排行榜的；（三）其他可以明显感知相关作品、表演、录音录像制品为未经许可提供，仍未采取合理措施的情形。”

<sup>②</sup> 《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第九条规定：“人民法院应当根据网络用户侵害信息网络传播权的具体事实是否明显，综合考虑以下因素，认定网络服务提供者是否构成应知：（一）基于网络服务提供者提供服务的性质、方式及其引发侵权的可能性大小，应当具备的管理信息的能力；（二）传播的作品、表演、录音录像制品的类型、知名度及侵权信息的明显程度；（三）网络服务提供者是否主动对作品、表演、录音录像制品进行了选择、编辑、修改、推荐等；（四）网络服务提供者是否积极采取了预防侵权的合理措施；（五）网络服务提供者是否设置便捷程序接收侵权通知并及时对侵权通知作出合理的反应；（六）网络服务提供者是否针对同一网络用户的重复侵权行为采取了相应的合理措施；（七）其他相关因素。”

<sup>③</sup> 梁志文，网络服务提供者的版权法规制模式[J]，法律科学，2017，（2）：100—108。

<sup>④</sup> 《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第九条第一项规

是,对于UGC平台在事中根据自身“能力”履行注意义务时,明显缺乏必要的指引而导致实际履行情况参差不齐,因为义务的具体边界难以确定。这就对司法机关在个案判断时提出了较高的价值判断要求和综合判定能力,并且因为具体规则的空白性,很多时候需要承受一定的社会舆论、行业习惯的压力。关于“云南虫谷”案就出现了很多呼声,如果仅仅针对腾讯视频上传的作品尽到了主动的、较之一般水平更高的注意义务,那么对于其他平台以及其他版权人和原创主体而言是否又显失公平呢?这时便需要“比例原则”的介入,比例原则是注意义务履行过程中需要遵循的核心原则之一,即风险预见和损害发现的注意义务与平台自身能力及其付出成本之间应适当、必要和均衡的原则。在比例原则的指导下,UGC平台应当承担与自身行为样态和能力范围相符的“合理注意义务”。具体来说,应当与作品及上传主体类型相一致,与平台提供服务类型相适应,与平台干预行为类型相协调。<sup>①</sup>实践中,例如“抖音”平台拥有庞大的活跃用户和巨大的数据流,通过对于“热门评论”“热门搜索”的筛选和甄别可以很容易的识别与锁定对于涉案作品《云南虫谷》的侵权用户以及具体上传内容;最终法院对其定性也是考虑到其不但没有主动的履行此类与信息管理能力相对应的注意义务,反而以平台“官方”的姿态放任关键词检索的联想以及相关热门话题的存在。依照比例原则,同时考虑到技术中立性,“抖音”对于搜索联想以及热门话题的设置如果真如答辩意见中所述由用户及算法生成,那么考虑到其自身的管理和控制能力也有必要在运营过程中尽到最低限度的舆情监控,比如对当天热度排名前十或者前五名的话题及搜索关键词进行人工复查,一方面避免的注意义务的“相对化”,兼顾了当天排名前列的热点及创作主体;另一方面也尽到了与自身管理能力以及经济成本相适应的事中注意义务。

### (三) 事后注意义务履行:“通知—删除”之外的义务来源问题

近年的司法实践中,法院在很多情况下均以UGC平台未尽到与平台信息管理能力“相对应”的注意义务为由认定平台对于侵害结果的发生具有相应过错,<sup>②</sup>但是具体的注意义务来源以及具体内容并没有明确的援引,是否存着侵权结论倒推的理由的说法也在坊间流传。有些学者认为这是司法实践中通过判例来迫使一部分平台去履行更高标准的注意义务,进而规范行业、形成更好的网络版权生态一种手段,<sup>③</sup>但是具体义务来源的缺失和履行依据的缺乏难免会导致同案不同判或者不同案同判的情形出现。我国除了民法典规定的避风港规则之外,再无类似的

定。

<sup>①</sup> 徐俊. 产业视角下短视频平台版权侵权判定中的注意义务研究[J]. 知识产权, 2021(09):31-40.

<sup>②</sup> 例如星光联盟影业与宽娱数码科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案、华强方特(深圳)动漫有限公司诉杭州红易图网络科技有限公司著作权侵权纠纷案。

<sup>③</sup> 田小军, 郭雨笛. 设定平台版权过滤义务视角下的短视频平台版权治理研究[J]. 出版发行研究, 2019(3):4

正向描述,司法解释中亦是笼统的规定了注意义务在特殊情况下应当适当提升限度的问题,例如要求法院认定平台注意义务时在“平台在直接从UGC用户上传行为获益时”以及“针对同一网络用户的重复侵权行为”需要尽到更高的义务。“云南虫谷”案中就存在第二种类似的情况,同时,西安中院还援引了民法中“善良管理人”的注意义务,即承担与“专业思维、认真能力相匹配的注意义务”,而“抖音”作为平台管理者具有排他的支配能力,而具有相应的“通知—删除”规则以外的更高的“治理”“管理”义务。可以看出,在诸多司法实践中,法院在认定平台版权注意义务时最终的做法均一定程度的遵从了参照了“平衡原则”,也即统筹兼顾激励创新、保护创作以及作品传播三者之间的利益平衡。一方面,如果一味的降低UGC平台的注意义务或者说仅仅只认可平台完成“事后”注意义务即可免于承担责任,必然会导致在传播作品阶段出现“超限效应”进而导致侵权作品被错误传播导致阻碍创新以及丧失作品保护的负面影响。另一方面,也不能无限制的给UGC平台施加注意义务门槛,这又有可能导致作品传播效率降低,作品被过度保护而难以被多数人知悉和接触;进而导致再创新能力遭到削弱,同时使大众接触作品的权利受到影响,背离了知识产权法律设计的初衷。

值得注意的是,短视频等UGC平台版权侵权行为具有复发性和继发性,侵权发生的频率一般与被侵权客体的热度密切相关(例如《云南虫谷》开播后的一周),且侵权行为人选择的“侵权场所”一般与平台自身的流量吸附能力有关(例如日活用户数以亿计的“抖音”平台)。但是,热播剧集以及类似的综艺、直播类节目,具有极强的时效性。若仅凭侵权发生“事后”的注意义务的履行,则对热播剧集、体育赛事节目等而言,经历通知及复审流程的时间可能已经造成了难以挽回的损失,且失去了“通知—删除”规则设计的意义。所以,现有的短视频版权侵权问题和现象更多体现的是版权人与短视频平台之间利益的不均衡。也就是说,当UGC平台与用户之间利益无法调和之时,法律必须以制度安排的姿态来对于除了事后“通知—删除”之外的“事前”与“事中”义务进行一般性规定;能够避免使其脱离技术可行性或者负担过重而难以履行,进而在平衡原则的指导下协调“版权人—平台—用户”三方利益而达到一个理性的平衡点,既使平台承担相应的责任,又使用户足以接触作品,并且还能对版权人进行有效的保护。下一章便着重对这一问题进行研究。

### 三、免责逻辑:注意义务“法定化”及平台履行“有效性”

对于UGC平台用户版权侵权行为以及平台责任承担的归责原则,从民法层面出发以侵权法为视角来看,既有理论框架通常认为无过错是免除赔偿责任的充分条件;<sup>①</sup>而具体到平台承担何种责任,主要考察其注意义务是否履行、履行的程

<sup>①</sup> 李开国. 侵权责任构成理论研究——一种新的分析框架和路径的提出[J]. 中国法学, 2008(2):13.

度如何。换言之，注意义务一定程度上承担了 UGC 平台版权侵权责任的过错判定之功能。

### （一）注意义务的释明与责任豁免的逻辑闭合

在知识产权法领域，在我国的专利法和商标法以及其他国家相关立法中都遵循了一个原则：赔偿责任仅针对有过错的侵权人，无过错的侵权人仅承担停止侵权责任而无需进行赔偿。<sup>①</sup>著作权领域同样遵循了这一原则，从既有法律法规的具体规定出发，我国《信息网络传播权保护条例》第八条明确了应当根据平台“相应过错”确定其是否承担“帮助侵权责任”；同时第二十二条<sup>②</sup>规定了五项免除赔偿责任的条件，包括“标示性质且公开信息，不改变内容、不知情、不获益，遵守避风港原则进行通知删除”。民法典第一千一百九十七条也明确规定了网络服务提供者知道或者应当知道网络用户侵权情况且未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。反观“云南虫谷”案的定性，最终认定为“抖音”平台具有帮助侵权的客观事实，那么就可以反推出法院必然是认定“抖音”具有相应的过错，并且不符合上述五项免责条件且具有民法典规定的明知或应知情形。但是，诚如上海高院知识产权庭的徐俊法官所言“对网络存储服务提供者的过错归责应当基于服务性质和产业特点慎重划定注意义务，我国法律规定并没有要求网络存储服务提供者承担一般性的事前审查义务，其未对版权侵权行为主动进行审查的，不应据此认定其具有过错。”

于是乎，争议的焦点就集中在事前与事后的注意义务没有给予 UGC 平台明确的规定与指引，但是在司法实践中却因为事前事中的不作为或是作为不够有效而被认定为具有过错。如此以来过错判定的逻辑难以信服，责任豁免的逻辑也同样难以闭合；即法律并未指引平台是否要做或是如何去做，但却因为平台做的不好、不够有效而认定其存在过错而需承担责任。从产业视角而言，这可能会导致部分平台对于注意义务的理解过度扩展而变得过度谨慎而阻碍行业发展，同时也可能因为这种“莫须有”的高级别注意义务而导致平台过度管理而损害了其他主体接触作品的权利影响了版权生态。虽然实践中为了强化 UGC 平台的版权责任逐渐衍生出了要求更高的“与信息管理能力相对应的注意义务”，但是其过于笼统的特点导致个案判定中裁量余地过大且难以达到衡平与统一，这对于数字经济商业主体而言缺乏法律最基本的“指导性与可预测性”进而可能会阻碍产业的发展升级。因此，从司法效果以及守法难度角度出发，应当对此种注意义务的进行进一步的

<sup>①</sup> 焦和平. 著作权法上出版者“返还侵权所得利润”规定之反思[J]. 出版发行研究, 2016(03):69-72.

<sup>②</sup> 《信息网络传播权保护条例》第二十二条规定：“网络服务提供者服务对象提供信息存储空间，供服务对象通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品，并具备下列条件的，不承担赔偿责任：（一）明确标示该信息存储空间是为服务对象所提供，并公开网络服务提供者的名称、联系人、网络地址；（二）未改变服务对象所提供的作品、表演、录音录像制品；（三）不知道也没有合理的理由应当知道服务对象提供的作品、表演、录音录像制品侵权；（四）未从服务对象提供作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益；（五）在接到权利人的通知书后，根据本条例规定删除权利人认为侵权的作品、表演、录音录像制品。”

解释与明确，以注意义务“法定化”的姿态将具体要求固定下来，划定一般性的、最低限度的履行标准。进而在用户出现版权侵权情形时给予 UGC 平台具体操作的有效指引，为平台及时采取有效措施提供参考，最终达到注意义务的合理履行，维护平台利益促使免责逻辑闭环。

## （二）回归内部：一般性注意义务法定化的正当性

当前，对 UGC 平台在版权侵权案件中责任划分的讨论仍主要集中于网络存储服务提供者的定位为前提，在这种语境下前文讨论了归责原则与免责逻辑的关系，那么如何进一步确定注意义务的法定化姿态，以及具体规定的程度如何是进一步需要明确的问题。本文第一部分便对注意义务的一般论与相对论进行了阐述，通过前文的论证以及注意义务在美国发展的历史考察可以发现，相对性注意义务具有一定程度的局限性和不易操作性，<sup>①</sup>而一般性注意义务更能协调过失侵权中各个独立要件之间的关系。并且，大陆法系主要国家如法国、德国、日本等都不同程度地采纳注意义务的一般性，并倾向于认为注意义务的一般性是现代侵权法对现代社会的应急反馈而具有正当性。<sup>②</sup>

那么，具体注意义务“一般性”的界限如何界定、具体程度如何把我就进一步需要解决的最为核心的问题。通过前文对于比例原则与平衡原则的考察，大致明确了注意义务应当与平台所具备的内容管理能力相适应；在此基础上考虑到网络版权环境的短平快特点，还应当将“效率原则”考虑在内。例如对于版权的审查限度，应当考虑到审查时长、上传成功率以及结果准确率等因素，避免因为一味地追求版权保护而抛弃用户体验以及正常使用。“一般性”的注意义务标准的设置，类似于当前餐饮业的卫生标准，法律法规需要明确的是具备相应资质的最低限度标准，进而根据企业规模、管理能力、影响程度可以提出较之最低标准更高的相应要求，例如餐厅当中悬挂在墙上具有公信力的 C/B/A 等具体卫生级别，对于 UGC 平台也是如此，行业委员会可以对于版权保护力度较强、级别较高的平台进行公示，这样针对原创用户更为关注自身版权的群体便可以选择相对级别更高的平台上传自己的作品。如此以来，一方面给予了 UGC 平台行业最低版权注意义务的指引与释明，闭合了责任豁免逻辑中对于注意义务履行最基本限度的要求。另一方面考虑到相对活跃用户更多管理能力更强的平台可以起到督促和鼓励作用，进而提升到更高级别的注意义务标准；也即对于与信息管理能力相适应的注意义务的履行。

<sup>①</sup> Abrego L J. Relational legal consciousness of US citizenship: Privilege, responsibility, guilt, and love in Latino mixed-status families[J]. Law & Society Review, 2019, 53(3): 641-670.

<sup>②</sup> Wacks R. Law: A very short introduction[M]. Oxford University Press, USA, 2015.

### （三）回归外部：注意义务履行“有效性”的判定标准

从内部视角明确了“一般性”注意义务法定化的正当性及具体设置过程需要遵循的原则之后，回归到问题的外部，从UGC平台履行角度再看注意义务的设置应当达到何种标准才能够起到“有效指引+有效履行”的效果。

#### 1. 事前UGC过滤义务的“三重释明”

关于事前的内容审查许多学者早已提出了固定到法律框架中的观点，一方面此种过滤技术在科技层面已经相对成熟可控，许多平台都已经进行了引入，并且各方共识认为这种过滤技术是“必要措施”中不可或缺的一环；另一方面，这种技术一般与平台所具备的内容管理能力相适应，既能保证不会给平台增加过重的注意义务负担，又能高效快速地审查潜在的侵权内容。但是技术本身具有中立性无法进行价值判断，且具体操作具有专业性在司法实践中可能需要申请专业鉴定；鉴于此，笔者对平台的事前过滤义务进行进一步的延伸，进而明确了履行过程中的“三重释明”作为履行有效性的判断指标之一。

第一，过滤结果释明。从可行性角度出发，通过技术手段对UGC进行事前过滤是当前操作难度降低且可以对侵权内容进行批量化处理的平台管理手段，并且这种手段相对可以量化为一定的执行标准，方便在行业内部进行具体的指导与释明，具有较高的可操作性。但是，既有的技术框架主要是通过比对上传内容的方式过滤重复的、相似的侵权内容，进而为上传文件涉嫌版权侵权提供依据和证明，出现此种情况平台可以将技术过滤的结果向用户释明并告知其如果想完成上传必须就涉嫌版权侵权的部分进行整改，整改合格后方可上传，同时还要保障技术识别偏差而导致的误判，进而同时还要给予用户向平台申诉的权利。

第二，人工复查释明。由于技术层面的审查仍然停留在事实判断，尽管人工智能技术进行介入也很难具有价值判断的能力；所以，仅靠用户自身的整改和自律显然难以完全杜绝侵权行为的存在，并且上传内容的情况是否涉嫌侵权本身属于法律判断，机器不能完全胜任。考虑到这类情况，针对特定“榜单”“热门话题”等UGC平台主页上相对显眼更容易被接触到的作品，在经过技术过滤与用户自律整改连个层面的操作之后，还可以视情况辅之以人工复审，如果仍然出现侵权内容应由具体责任人将审查结果告知侵权用户并及时采取有效措施，例如暂时下架作品、断开链接等待用户整改后再行恢复。进而保证平台自身设定的重点内容的权利无瑕疵性。

第三，技术免责释明。现实当中的侵权内容大致有两种情况，一种是因为平台疏于审查导致原版或者原版的剪辑片段流出而导致的侵权；另一种则是侵权用户有目的、有意识的利用技术手段改变了版权作品的技术样貌（例如画面比例微调、音轨微调等）而绕开了平台的监管。前述两个释明主要针对第一种情况，而第三重释明则主要针对第二种情况。这种情况下，平台应将审查事项在用户上传时便进行释明，即如果用户通过技术手段恶意绕开平台对拟上传内容进行的审查

甚至同时绕开了人工复审的审查,那么平台就这种恶意规避审查的版权侵权行为不承担连带责任,也即责任豁免。

## 2. 事中舆情监测义务的功能定位与标准设置

UGC 平台在运营模式上是仅仅是提供信息存储空间服务还是直接提供网络内容,或是仅仅是就用户上传内容进行推荐、推送。在司法实践当中还需要注意区分,即根据个案情况分析平台的主要运营模式进而判断相应的“事中角色”以及应当相匹配的注意义务履行程度。实务中,就目前主流的 UGC 平台来看,多数平台都符合 UGC 的本质特性,即平台本身几乎不产出内容,主要是对于用户上传内容进行“热度分析”与“定向推广”。例如“云南虫谷”案中的“抖音”平台便是通过大数据技术及相应算法推算出用户使用应用的习惯与观看喜好进而进行更具针对性的推送。显然不同经营模式下,平台所承担的注意义务及相应责任不同。“抖音”的这种推送方式同时会夹杂着比较明确的根据用户个体情况而精准投放的商业广告,这就必然涉及到了获利问题,即司法解释中明确规定的在获得经济利益时负有“较高”注意义务的情形。<sup>①</sup>

鉴于此,类似“抖音”这一类的 UGC 平台在事中阶段本身便具有对于观看用户和上床用户双向的数据分析、兴趣归纳以及定向推送的算法和能力,并且在用户完成上传内容后的阶段便开始介入,那么关于相应内容上传之后其他用户对于内容的评价与反馈平台是必然有能力“感知”和“收集”的。换言之,只要平台对于已经上传的内容的“舆论情况”(包括热门评价,转发附言等)设置一定的关键词和筛选规则(例如“抢先版”“免费版”等字眼)便能够发现并甄别出具有版权侵权风险的内容存在,此时再进行一定程度的复审便可以起到有效的事中舆情监管效应。对于流量超过一定程度的热点内容进行舆论监控本身并没有技术障碍,同时也是许多平台既有的功能之一,所以多数不需要专门去设置这一功能架构,并且在事中注意义务履行义务的考察过程中还应当与具体平台的经营特点进行匹配,以避免对于没有相应管理能力以及作为义务的平台过度要求进而提高了注意义务的履行门槛。

## 3. 事后适度管理义务的“有效程度”厘定

首先,在事后注意义务履行的角度,必须遵守既有的“避风港”规定,即平台相应的“通知—删除”义务的具体履行情境以及“通知、转通知、反通知、二次转通知”四个层面的不同履行程度。但是,如第一部分所述,我们还应当关注到除了此项规则以外的的其他事后角度的注意义务来源,例如“云南虫谷”案中“抖音”平台虽然尽到了相应的“通知—删除”义务但是因为其行为合理性与有效性不足而最终一审败诉,此时,就牵扯到注意义务履行的“治理原则”。

<sup>①</sup> 《信息网络传播权保护条例》第十一条规定:“网络服务提供者从网络用户提供的作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益的,人民法院应当认定其对该网络用户侵害信息网络传播权的行为负有较高的注意义务。”

其次，根据治理原则的内涵，UGC 平台在平台内发生侵权行为之后，不能仅仅“形而上学式”的履行最低限度的“通知—删除”义务进而寻求责任豁免；而是在一般性注意义务法定的基础上，根据法律的指引与个案情况进行积极的、合理的、有效的治理。不同于“红旗”标准和“通知—删除”规则适用的被动性，关于事后的适度管理义务的设置，我国可借鉴欧盟《数字单一市场版权保护指令》中规定的“最佳实践”理念，即由政府相应部门牵头、协调版权人与平台之间制定防止侵权内容传播的“最佳实践”标准，类似于前文提到的最低限度的、但却对大多数侵权行为能够起到预防与治理作用的“一般性”注意义务，就事前的内容过滤、事中内容的舆情监控以及事后根据不同侵权程度所需要采取的相应措施以及治理程度等作出指导性规范，使“合理措施”明确化。同时，为了解决“最佳实践”作为软法易于失灵的隐患，法院可参照“最佳实践”认定“合理措施”的范畴，使“最佳实践”具备一定的强制拘束力。

最后，考虑到网络内容的高速传播与影响范围，仅仅根据现行的“避风港”规则而推导出来的事后注意义务履行具有一定的滞后性，进而导致维权者与平台之间难以形成统一的版权保护阵线。考虑到类似于“云南虫谷”案件中作品的火爆程度和大面积继发性侵权，等到“通知—删除”规则履行完成可能已经造成了难以估量的巨额损失；此时，再进行相应的治理其实已经错过了最佳的“有效治理”窗口期。鉴于此类案件的频发性，司法与立法系统应当通过注意义务的法定化设定进行“有效性”引导，同时考虑到技术特性可以充分发挥行业协会、行业自律公约等民间组织的专业性。以产业化视角形成公权力与私主体的有机联动，将产业实践与官方指导相结合，进而划定具有一般性、可行性以及有效性的注意义务，例如从事后通知的时间限度、断开链接屏蔽关键词、取消热门或榜单展示、限制相关用户权限等方面进行明确要求，并将这些具体要求固定到既有的法律体系当中；同时在具体的履行指引方面可以借鉴软法的机能通过具体的“指南”“纲要”等文件进行更为详尽具体的描述和指导，保证平台具有明确的操作可能及法律后果预期。这样以来，一方面，保证了事后的具体治理“有法可依”且“具体有效”，进而促使平台与版权人形成合力，及时合理的对用户侵权行为进行处置；另一方面，增强了注意义务履行的“可完成度”，使得平台积极作为后的免责逻辑得以闭环，法律责任判定依据更为充分；达到了立法、司法、守法三位一体的综合改革效应。

## 五、结论

在技术样貌日新月异的今天，对法律机制的评价作用与可预测性提出了更为严峻的挑战，平台注意义务的明确性与法定化直接关系到履行的有效性及平台免

责的可能性。鉴于当前司法实践中的不同处理情况,以“云南虫谷”案为参照,解析其判决结果底层逻辑的同时也提出了相应的疑点和难点,进而针对同类型判决在未来实践中明确相关规则,增强指导性与认同力的处理思路。经过研究,提出了以内部视角明确“一般性”注意义务的思路;进而从外部履行的角度以事前过滤义务的“三重释明”、事中舆情监测义务的标准设置以及事后适度管理义务的“有效程度”规定进行明确指引。以期能够增加平台版权保护的守法生态及归责预期,减轻法院个案综合判断的工作难度与舆论压力的同时,鼓励用户原创和平台治理形成合力,为数字经济深度发展转化动能。

## 参考文献:

- [1] Rule C. Online dispute resolution and the future of justice[J]. Annual Review of Law and Social Science, 2020, 16: 277-292.
- [2] 罗斌. 传播注意义务功能研究——从侵权责任构成要件的视角[J]. 新闻与传播研究, 2018(8):19.
- [3] 董春华. 论侵权法中注意义务的“一般性”[J]. 中国政法大学学报, 2020(02):130-142+208.
- [4] 李博. 出版者注意义务举证标准审视与完善[J]. 中国出版, 2020(22):4.
- [5] Quintais J. The new copyright in the Digital Single Market Directive: a critical look[J]. European Intellectual Property Review, 2020.
- [6] 初萌. 个性化推荐服务商合理注意义务之重构[J]. 科技与法律, 2020(2):6.
- [7] 王杰. 网络存储空间服务提供者的注意义务新解[J]. 法律科学(西北政法大學學報), 2020, 38(03):100-113. DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2020.03.015.
- [8] Kira B, Sinha V, Srinivasan S. Regulating digital ecosystems: bridging the gap between competition policy and data protection[J]. Industrial and Corporate Change, 2021, 30(5): 1337-1360.
- [9] 涂龙科. 网络内容管理义务与网络服务提供者的刑事责任[J]. 法学评论, 2016, 34(3):8.
- [10] 梁志文. 网络服务提供者的版权法规制模式[J]. 法律科学, 2017, (2): 100 — 108.
- [11] 徐俊. 产业视角下短视频平台版权侵权判定中的注意义务研究[J]. 知识产权, 2021(09):31-40.
- [12] 田小军, 郭雨笛. 设定平台版权过滤义务视角下的短视频平台版权治理研究[J]. 出版发行研究, 2019(3):4
- [13] 李开国. 侵权责任构成理论研究——一种新的分析框架和路径的提出[J]. 中国法学, 2008(2):13.
- [14] 焦和平. 著作权法上出版者“返还侵权所得利润”规定之反思[J]. 出版发行研究, 2016(03):69-72.
- [15] Abrego L J. Relational legal consciousness of US citizenship: Privilege, responsibility, guilt, and love in Latino mixed - status families[J]. Law & Society Review, 2019, 53(3): 641-670.
- [16] Wacks R. Law: A very short introduction[M]. Oxford University Press, USA, 2015.

